

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line

Van Enis, Quentin

Published in:

Les conditions générales. Questions spéciales

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Enis, Q 2009, L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées ? Dans *Les conditions générales. Questions spéciales: Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Mons le 26 mars 2009*. Collection du jeune barreau de Mons, Anthemis, Bruxelles , p. 9-34.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line* : de la suite dans les idées ?

Quentin VAN ENIS¹

Assistant aux F.U.N.D.P. (Namur)

Introduction

Comme il a déjà été relevé, l'expression « opposabilité des conditions générales » prête à confusion². En effet, est-il opportun de parler d'« opposabilité » lorsqu'il n'est question que d'effets internes au contrat ?³

En recourant au terme « opposabilité », l'on fait généralement référence aux effets externes du contrat. Suivant l'article 1165 du Code civil, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »⁴. Un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1909⁵ a permis à la doctrine de dégager le principe de la relativité des effets internes des contrats et celui de l'opposabilité aux tiers de leurs effets externes.

¹ L'auteur tient à remercier tout particulièrement Etienne MONTERO, professeur aux F.U.N.D.P., et Romain MARCHETTI, assistant aux F.U.N.D.P., pour leurs remarques, toujours pertinentes, et pour les discussions fécondes auxquelles la rédaction de cette étude a pu conduire.

² Voy., parmi d'autres, F. LUMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 194.

³ Par commodité, nous utiliserons néanmoins l'expression « opposabilité des conditions générales » dans la suite de notre exposé.

⁴ Pour un commentaire précis de cette disposition, voy. S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Chartre, 2004, pp. 189-239.

⁵ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272, concl. av. gén. Terlinde : « (...) Si les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ce principe ne règle que les droits et obligations qui découlent des contrats ; (...) il ne met pas obstacle à ce que ceux qui y sont demeurés étrangers constatent l'existence de conventions avouées ou légalement prouvées, et tirent argument du fait de cette existence, non pour réclamer à leur profit l'exécution des obligations qu'elles stipulent, mais pour en déduire, eu égard aux liens et aux droits qui en découlent, les conséquences favorables ou défavorables pour les parties que les événements ou les agissements des tiers ont entraînées pour elles ».

La question de l'opposabilité des conditions générales vise pourtant bien les exigences imposées par le droit à leur entrée dans le « champ contractuel ». L'intégration au contrat des conditions générales n'est évidemment pas sans conséquence. On le sait, elle conditionne le droit pour leur auteur de s'en prévaloir à l'encontre de son cocontractant, pour autant, bien entendu, que les clauses qu'elles contiennent soient valides au regard du droit applicable⁶.

L'objet de la présente étude est tout d'abord de rappeler les principes qui gouvernent le problème de l'opposabilité des conditions générales à la lumière des derniers développements doctrinaux et jurisprudentiels (section 1). Ensuite, notre contribution envisage la question sous l'angle des contrats conclus par voie électronique (section 2).

Au fond, tout se passe comme si l'informatique avait contraint le juriste à porter un regard neuf sur certains aspects du droit des contrats, « en affinant certaines analyses ou en interrogeant plus profondément diverses notions »⁷.

Autant dire que cette assertion se vérifie pleinement lorsqu'on aborde la question de l'opposabilité des conditions générales dans le contexte actuel de plein essor du commerce électronique.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous tenons encore à préciser que notre étude se concentre sur les questions touchant directement à l'opposabilité des conditions générales. Nous n'aborderons donc pas, ou alors épisodiquement lorsque cela se justifie, les conditions de validité des clauses contenues dans les conditions générales. Notre exposé part également du principe que le droit belge est applicable à la relation contractuelle nouée entre les parties, ce qui, en pratique, n'est pas toujours évident dès lors que de nombreux contrats conclus sur internet présentent un caractère transfrontière⁸. Ceci ne nous empêchera pas de faire référence, çà et là, à des solutions dégagées au sein d'autres ordres juridiques dans la mesure où elles peuvent enrichir notre propos sans le surcharger.

⁶ Voy. C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles-Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2002, p. 480. À défaut d'opposabilité, les conditions générales seront mises à l'écart et le droit commun viendra compléter les stipulations des parties. Pour un exemple récent, voy. Civ. Bruxelles, 1^{re} ch., 28 octobre 2008, J.L.M.B., 2009, p. 382 (summ.).

⁷ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 44, n° 3.

⁸ Pour un aperçu des différentes règles de droit international privé qui régissent les contrats conclus par voie électronique, voy. A. CRUQUENAIRE et C. LAZARO, « La loi applicable aux contrats conclus via Internet », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, actes du colloque du 19 avril 2001, Liège, éd. Jeune Barreau, 2001, pp. 259-300; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, op. cit., pp. 151-173, n° 98-115.

Section 1

L'opposabilité des conditions générales off-line

Le premier constat est l'absence dans notre Code civil de disposition relative à la question de l'opposabilité des conditions contractuelles. C'est donc principalement vers la jurisprudence qu'il faut se tourner en quête de certaines balises en la matière, ce qui ne contribue pas toujours à la prévisibilité des solutions, aucun cas n'étant jamais en tout point identique à un autre.

Quoi qu'il en soit, la majorité des auteurs et des juges s'entend à l'heure actuelle pour reconnaître que la question de l'opposabilité des conditions générales dépend de la réunion de deux conditions, complémentaires⁹ et cumulatives¹⁰.

Tout d'abord, le contractant contre lequel on invoque les conditions générales doit avoir reçu, de manière effective, la possibilité de les connaître¹¹, en leur existence et en leur contenu, avant la conclusion du contrat.

Ensuite, l'acceptation des conditions générales par l'autre partie doit être certaine. Elle peut être tacite pour autant qu'elle soit certaine.

La charge de la preuve de la réunion de ces deux conditions repose sur celui qui se prévaut des conditions générales¹². Force est de constater, vu la pratique croissante des contrats d'adhésion¹³, que c'est le plus souvent le rédacteur des dites conditions qui entend s'y appuyer.

⁹ La connaissance des conditions générales apparaît effectivement comme un préalable nécessaire à l'acceptation. En ce sens, I. MOREAU-MARGRÈVE, « Les conditions générales de vente », in *Renaissance du phénomène contractuel*, séminaire organisé à Liège, les 22, 23 et 24 octobre 1970, La Haye, Martinus Nijhoff, p. 281; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence - Les obligations : les sources », J.T., 1996, p. 715, n° 78.

¹⁰ Voy., parmi d'autres, M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 45-49, n° 59-60; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (dir.), *Le processus de formation du contrat*, C.U.P., vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 198.

¹¹ Pour R. DE SMET, « il est inexact qu'il puisse être suffisant que le cocontractant ait été simplement en mesure de prendre connaissance des conditions générales : cette possibilité, qui n'est qu'une faculté, n'équivaut pas à une connaissance », (« De la force obligatoire des "conditions générales" en matière commerciale », note sous Cass., 1^{re} ch., 9 février 1973, R.C.L.B., 1974, p. 196). Pourtant, la majorité des auteurs et des juges est d'avis que seule la possibilité de connaissance doit être effective, et non la connaissance elle-même. Voy., parmi d'autres, M. COPEL, op. cit., p. 45, n° 59; M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle - Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », J.T., 1981, p. 19, n° 10.

¹² Bruxelles, 31 mars 2006, disponible sur www.juridat.be; Civ. Arlon, 3^e ch., 19 mai 2005, D.A. O.R., 2007, p. 252; Mons, 28 mars 1990, Pas., 1990, II, p. 191.

¹³ Sur cette question, voy. R. DE VALKENBERG, « Réflexions sur le contrat d'adhésion », in *Liber amicorum P. Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 161-168.

Voilà qui devrait l'inciter à faire preuve de la plus grande prudence s'il souhaite que ces dernières puissent bénéficier de la force obligatoire qui s'attache au contrat (article 1134 du Code civil)¹⁴.

Telles sont donc les deux exigences qui conditionnent l'entrée des conditions générales dans le « champ contractuel ». Il convient de s'arrêter plus en profondeur sur chacune d'entre elles, dans la mesure où les juges ont très tôt développé de nombreux critères pour déterminer, dans chaque cas d'espèce, si ces exigences étaient remplies.

§ 1^{er}. La possibilité effective de connaissance des conditions générales

Avant toute chose, deux principes méritent d'être rappelés. D'une part, le contrat ne lie les parties que pour les points sur lesquels elles se sont effectivement entendues. D'autre part, sauf disposition contraire¹⁵, une fois conclu, le contrat ne peut plus être modifié unilatéralement¹⁶.

Cela explique que la possibilité de connaissance des conditions générales doit intervenir avant ou, au plus tard, au moment de la conclusion du contrat¹⁷. Une fois que le contrat a reçu sa force obligatoire, il est hors de question d'y annexer d'éventuelles conditions générales qui ne s'y trouvaient pas initialement. Dans le meilleur des cas, il pourra s'agir d'une offre nouvelle soumise à l'acceptation du cocontractant¹⁸. Rappelons que la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur¹⁹ oblige le vendeur, au plus tard au moment de la conclusion de la vente, à « apporter de bonne

¹⁴ M. TAVERNE et M. VAN RUYSBEKE, « Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales », in *La rédaction des conditions générales contractuelles – Aspects juridiques et pratiques*, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve, le 16 novembre 1984, Gand, Story-Scientia, pp. 10-11; I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵ Voy. toutefois l'article 32, 3, de la L.P.C.C. qui considère comme abusive dans les rapports entre « vendeur » et « consommateur » la clause qui a pour objet de « réserver au vendeur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer ou du service à prester, si ces caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit ou le service, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué au vendeur et accepté par lui ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible ».

¹⁶ I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 279.

¹⁷ M.-P. NGÈL, « La vente aux consommateurs – Tour d'horizon d'un contrat hors du (droit) commun », in I. DURANT (dir.), *La vente, un contrat usuel très réglementé*, C.U.P., vol. 90, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 141, n° 14; M. BOSMANS, *op. cit.*, p. 19, n° 7. Nous verrons dans quelle mesure ce principe se concilie avec la force probatoire particulière reconnue à la facture par le Code de commerce en son article 25, alinéa 2 (voy. *infra*).

¹⁸ En ce sens, D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 205. Pour un cas d'application, voy. J.P. Fontaine-l'Évêque, 18 janvier 2007, J.L.M.B., p. 1362.

¹⁹ M.B., 29 août 1991. Dans la suite de notre exposé, cette loi sera désignée par les initiales « L.P.C.C. ».

foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible » (article 30).

Au fil des affaires dont ils ont été saisis, les juges ont eu l'occasion d'affiner leurs critères d'appréciation de cette exigence de connaissance préalable. De manière générale, plus qu'une simple possibilité virtuelle, la jurisprudence tend à exiger une « possibilité réelle et raisonnable compte tenu des circonstances objectives et subjectives en l'espèce, d'avoir effectivement connaissance des conditions générales applicables au contrat en cours de formation »²⁰. Sous peine de saper toute sécurité juridique, l'on estime généralement que la compréhension effective par l'autre partie des clauses contractuelles n'est pas une condition de leur opposabilité²¹.

Tout d'abord, la forme et la présentation des conditions générales ont pu s'avérer décisives à l'heure de se prononcer sur leur éventuelle inclusion dans le champ contractuel.

Les juges considèrent que l'emplacement des conditions générales a un impact réel sur leur prise de connaissance effective par l'autre partie. L'on exige généralement que les conditions générales figurent au *recto* du document contractuel ou, à tout le moins, qu'il en soit fait mention au *recto*²². De manière générale, les conditions générales doivent se trouver à un endroit adéquat. Ainsi, des conditions générales insérées « dans un contexte qui rend inattendue leur présence » risquent fort de passer inaperçues aux yeux du cocontractant et, partant, d'être déclarées inopposables, à défaut pour celui qui les invoque d'établir que l'autre partie a eu la possibilité effective d'en prendre connaissance²³.

La typographie revêt également une importance considérable et a pu conduire les juges à déclarer inopposables des conditions contractuelles imprimées de manière illisible ou en caractères trop petits²⁴.

²⁰ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 204.

²¹ Il serait pourtant concevable d'imposer aux spécialistes, rédacteurs desdites conditions générales, de fournir certaines explications au profane. En ce sens, M. COIPEL, *op. cit.*, p. 47, n° 59.

²² Pour un cas d'application récent, voy. Bruxelles, 31 mars 2006, précité. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 715, n° 78; P. VAN OMMELAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », R.C.J.B., 1986, n° 57, p. 141. Voy. Bruxelles, 2^e ch., 6 novembre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1491 (somm.).

²³ I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 281.

²⁴ Pour un exemple récent de discussion sur l'impact de la typographie sur la possibilité effective de connaissance des conditions générales par l'autre partie, voy. Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, D.A. O.R., 2008, p. 109 (« Les conditions générales de Carrier sont rédigées dans une police dont le corps est fort petit, d'encrage grisé; elles demeurent cependant lisibles – quoique à la limite de la lisibilité aisée – contrairement à ce que soutient Polytherm »). Cf. également sur cette question la proposition de R. DE SMET (*op. cit.*, p. 202) de prévoir dans une loi que les conditions générales soient « imprimées en corps ».

Ensuite, l'on considère habituellement que « la preuve de ce que les conditions générales ont été acceptées n'est pas rapportée quand le cocontractant ne connaît pas la langue utilisée pour la rédaction desdites conditions »²⁵. Cette solution ne semble devoir prévaloir que dans l'hypothèse où la langue utilisée dans les conditions générales est différente de celle utilisée dans le contrat²⁶. Autrement dit, la conclusion du contrat dans une langue peut faire présumer la connaissance de cette langue par le cocontractant. *A fortiori*, la partie qui signe les conditions générales dans une langue est présumée la maîtriser²⁷.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la possibilité réelle de connaissance des conditions générales porte non seulement sur l'existence de ces dernières, mais également sur leur contenu. Si le contrat se contente de faire référence à l'existence de conditions générales sans les reproduire, il faut donc qu'elles soient raisonnablement accessibles au cocontractant, sous peine d'être déclarées inopposables. Ce principe admet un tempérament lorsque les parties sont couramment en relations d'affaires²⁸.

À l'heure où beaucoup d'entreprises disposent de leur propre site internet, la question est de savoir si la publication des conditions générales sur la toile est suffisante pour considérer que le consommateur a reçu une possibilité effective d'en prendre connaissance.

Tout d'abord, il faut que le cocontractant ait eu la possibilité de prendre connaissance de la clause de renvoi et l'ait acceptée de manière certaine. Ensuite, dès lors que les conditions générales doivent lui avoir été communiquées au plus tard au moment de la conclusion du contrat, il faudrait pour bien faire, qu'il ait eu l'occasion de les parcourir avant de signer le contrat.

Dans deux avis relatifs aux conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe²⁹, d'une part, et dans le secteur de la télédistribution³⁰, d'autre

dix ou à la rigueur en corps huit sur les bons de commande et les factures ainsi que sur les papiers à firme utilisés à l'occasion des tractations avec un éventuel client ».

²⁵ M. BOSMANS, *op. cit.*, 1981, p. 19, n° 8.

²⁶ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 246-247. Il peut également résulter d'autres éléments que le cocontractant maîtrisait suffisamment la langue dans laquelle les conditions générales ont été rédigées. Songeons, par exemple, à la correspondance échangée entre les parties. Voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 715, n° 78.

²⁷ Voy. P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, n° 57, p. 142; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 23, n° 16.

²⁸ M. BOSMANS, *op. cit.*, pp. 22-23, n° 23.

²⁹ Avis C.C.A. n° 19 du 29 mars 2006, disponible en téléchargement à l'adresse suivante : http://economie.fgov.be/protection_consumer/councils/consumption/commission_fr_03.htm

³⁰ Avis C.C.A. n° 24 du 25 juin 2008, disponible en téléchargement à l'adresse suivante : http://economie.fgov.be/protection_consumer/councils/consumption/commission_fr_03.htm

part, la commission des clauses abusives³¹ a eu l'occasion de souligner que si la loi imposait désormais une telle publication pour ces opérateurs³², elle n'était pas suffisante pour conclure à une possibilité effective de connaissance dans le chef du consommateur³³. Elle met notamment en exergue le fait que tout un chacun ne dispose pas d'internet et qu'il n'est pas toujours évident de trouver les conditions générales sur le site internet en question.

Dans la mesure où cette recommandation découle pour partie³⁴ de l'article 30 de la L.P.C.C., ce ne serait que dans le cas d'un contrat conclu à distance par le biais d'internet qu'une telle publication pourrait, le cas échéant, s'avérer suffisante entre un vendeur et un consommateur au sens de cette loi³⁵.

§ 2. L'acceptation des conditions générales

Pour entrer dans le champ contractuel, et bénéficier de la force obligatoire, les conditions générales doivent avoir été acceptées par le cocontractant au plus tard au moment de l'échange des consentements³⁶. Un consentement libre et éclairé suppose une information adéquate. La possibilité effective de connaissance des conditions générales apparaît donc comme un préalable nécessaire à l'acceptation. Cette dernière peut être expresse ou tacite³⁷, du moment qu'elle soit certaine.

A. L'acceptation expresse

L'acceptation des conditions générales par l'autre partie ne fait aucun doute lorsque cette dernière a apposé sa signature au bas du document les contenant

³¹ Créée au sein du Conseil de la consommation, la commission des clauses abusives est un organisme consultatif qui a pour but principal d'émettre des avis et des recommandations sur les clauses et conditions figurant dans les contrats entre vendeurs et consommateurs. Voy. les articles 35 et 36 de la L.P.C.C. et l'arrêté royal du 26 novembre 1993 portant création de la commission des clauses abusives, M.B., 8 janvier 1994. Pour plus d'informations, consultez le site internet de la Commission à l'adresse : http://mineco.fgov.be/PROTECTION_CONSUMER/councils/consumption/commission_fr_01.htm

³² Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, M.B., 20 juin 2005, article 108, § 3; loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution (appelée communément « loi radiotransmission »), M.B., 5 juillet 2007, article 3, § 1^{er}.

³³ Sur cette question, voy. Ch. BIQUET-MATHIEU, « À propos du contrat de téléphonie », note sous J.P. Grèce-Hollogne, 5 juin 2007, J.L.M.B., 2008, pp. 121-126.

³⁴ Voy. également l'article 3, § 2, de la loi « radiotransmission ».

³⁵ Sur la question de l'opposabilité des exceptions dans les contrats conclus par voie électronique, voy. *infra*, la seconde partie de notre exposé.

³⁶ Ce principe est à nuancer en matière commerciale. Voy. *infra* sur les effets probatoires que l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce attache à la facture.

³⁷ Cass., 1^{re} ch., 3 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 272; Cass., 1^{re} ch., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 224; Cass., 1^{re} ch., 20 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1149.

ou lorsqu'elle y a rédigé la mention « lu et approuvé »³⁸. Il en est de même lorsque le cocontractant signe le document contractuel qui fait référence aux conditions générales, accessibles par ailleurs³⁹.

B. L'acceptation tacite

Une acceptation implicite peut résulter du silence gardé par l'autre partie. Le silence n'est susceptible de valoir acquiescement que s'il est circonstancié, c'est-à-dire, s'il s'accompagne d'éléments externes qui ont pour effet de lui donner une signification dénuée de toute équivoque⁴⁰.

Tout est une question d'espèce. Le juge déterminera, dans chaque affaire dont il est saisi, si le silence opposé par un cocontractant est suffisamment circonstancié pour en déduire une acceptation tacite des conditions générales. Rappelons à cet égard que suivant l'article 1353 du Code civil, « le juge ne peut admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ».

Le silence peut, par exemple, s'accompagner d'un commencement d'exécution par l'autre partie, ce qui peut faire présumer dans son chef l'acceptation des conditions générales, à tout le moins lorsqu'elles ont été portées à sa connaissance⁴¹.

Lorsque les parties entretiennent des relations d'affaires fréquentes et continues⁴², et pour autant que soit rapportée la preuve de la connaissance et de l'acceptation des conditions générales systématiquement⁴³ applicables aux contrats

³⁸ En ce sens, D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 258.

³⁹ Voy., par exemple, Comm. Charleroi, 1^{er} ch., 2 janvier 2008, J.T., 2008, p. 195.

⁴⁰ K. VANDERSCHOT, « Instemming met algemene voorwaarden : kennisname en aanvaardingsclausules », in S. STIJNS et K. VANDERSCHOT (éd.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 22, n° 40; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 264; R. DE SMET, *op. cit.*, p. 196.

⁴¹ K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, p. 22, n° 43; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 264. Ainsi, la cour d'appel de Liège a considéré que le seul fait d'avoir recours au service public offert par un opérateur téléphonique rendait les conditions générales opposables à l'intimée. « En effet, l'acceptation expresse n'est pas nécessaire, une acceptation tacite mais certaine suffit, laquelle résulte de la demande de raccordement et du paiement des factures » (Liège, 12^e ch., 7 mars 2006, J.L.M.B., 2006, p. 834).

⁴² Voy. M. BOSMANS, *op. cit.*, pp. 22-23, n° 23. Voy. Liège, 7^e ch., 9 janvier 2003, J.T., 2004, p. 389.

⁴³ La cour d'appel de Liège a estimé que « lorsque des parties entretiennent des relations commerciales régulières depuis un certain temps, que les conditions générales d'achat sont en contradiction avec les conditions générales de vente, mais que jamais avant les faits litigieux, ni même après, elles n'ont pris position à cet égard, il ne peut être établi que l'une des parties a accepté les conditions générales de l'autre » (Liège, 7^e ch., 15 mars 2004, J.L.M.B., 2004, somm., p. 1741). De la même manière, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que « le seul fait que les parties ont inséré certaines conditions générales dans des contrats antérieurs ne crée pas de présomption selon laquelle elles ont voulu reprendre ces mêmes conditions dans un contrat ultérieur » (Bruxelles, 5^e ch., 23 novembre 2001, D.A. Q.R., 2002, p. 244). En l'espèce, plusieurs années séparaient la conclusion du nouveau contrat de celle des contrats antérieurs.

de même espèce conclus entre les parties, la Cour de cassation⁴⁴ « n'exige pas que ces conditions soient stipulées lors de la conclusion de chacun de ces contrats »⁴⁵.

C. L'acceptation tacite de la facture

1. À l'égard de commerçants

L'article 25, alinéa 2, du Code de commerce s'énonce ainsi : « Les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale »⁴⁶.

L'on enseigne généralement que la facture acceptée établit à l'égard du commerçant, « non seulement la créance du fournisseur, mais aussi l'existence du contrat et ses conditions, dans la mesure où elle les reproduit »⁴⁷.

La facture ne fait toutefois la preuve du contrat que si elle a été acceptée. En matière commerciale, il est cependant d'usage que la non-protestation d'une facture à bref délai entraîne une présomption d'acceptation dans le chef de son destinataire.

La facture acceptée entraîne donc à l'égard du commerçant une présomption légale réfragable (*juris tantum*) de conformité par rapport à la vente conclue.

L'article 25, alinéa 2, quoique ne visant expressément que les seuls « ventes et achats », peut-il s'appliquer à d'autres actes commerciaux⁴⁸ ?

La question reste controversée. Certains auteurs estiment que le législateur ne parle de « ventes et achats » qu'à titre d'exemples et considèrent que ces termes visent l'ensemble des actes commerciaux⁴⁹. D'autres considèrent qu'à l'égard des opérations commerciales autres que la vente, la facture ne devant entraîner qu'une présomption de fait, le juge conserve l'entière liberté de son pouvoir d'appréciation⁵⁰. Enfin, une dernière tendance, qui nous paraît assez convaincante, préfère appliquer à de telles factures le principe général de liberté de preuve

⁴⁴ Cass., 1^{re} ch., 9 février 1973, R.C.J.B., p. 187, note R. DE SMET.

⁴⁵ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 265; M. COIPEL, *op. cit.*, n° 59, p. 46.

⁴⁶ Souligné par nous.

⁴⁷ J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 66, n° 61; G.-L. BALLON, « L'acceptation de la facture », note sous Luxembourg, 7^e ch., 10 mars 2004, D.A. O.R., 2005, p. 20.

⁴⁸ Sur cette question, voy. E. DIRIX et G.-L. BALLON, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 152-153, n° 219.

⁴⁹ Voy. notamment M. BOSMANS, *op. cit.*, p. 20, n° 16; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 268-269; I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 270, note n° 23.

⁵⁰ Parmi d'autres, J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 66, n° 61; Cass., 1^{re} ch., 1^{er} décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 440. Pour un cas d'application récent, voy. Comm. Charleroi, 3^e ch., 23 juillet 2003, D.A. Q.R., 2004, p. 44.

en matière commerciale, contenu à l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce⁵¹.

Une question qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de notre exposé est celle de l'opposabilité des conditions générales qui figureraient pour la première fois sur la facture.

Sauf disposition contraire dans le contrat⁵², il nous semble que la facture peut jouer un rôle *probatoire* de complément par rapport au contrat initial en ce qui concerne des conditions générales. Il convient à cet égard de faire la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum*. Par conséquent, des clauses qui apparaîtraient pour la première fois sur une facture ne pourraient être déclarées inopposables pour ce seul motif, sous peine de méconnaître la force probante reconnue à la facture par l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce⁵³.

Par contre, nous sommes d'avis que la facture ne pourrait contredire les conditions stipulées dans le contrat. Dans cette hypothèse, il est évident que la facture cesse de prouver le contrat, dès lors qu'elle se trouve en contradiction avec lui⁵⁴. Dans le meilleur des cas, il pourrait s'agir d'une offre de modification du contrat qui doit être acceptée pour recevoir ses effets.

2. À l'égard de non-commerçants

L'article 25 ne régit que la preuve en matière commerciale. Pour autant, cela ne veut pas dire que la facture est totalement dépourvue d'utilité à l'égard des non-commerçants.

⁵¹ Voy. B. DE CONINCK (« La facture acceptée par un non-commerçant », note sous Mons, 2^e ch., 16 septembre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1721, n° 2) qui s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation (1^{re} ch.) du 27 janvier 2000 (Pas., 2000, I, p. 222) rappelant « qu'en vertu de l'article 25 du titre IV du Code de commerce, la preuve d'un engagement commercial ou de l'extinction de celui-ci peut être apportée par tous moyens de preuve, y compris les présomptions; qu'en matière d'engagements commerciaux, tels des travaux d'entreprise, le juge peut déduire, en vertu de cette disposition légale, une présomption de l'homme de l'acceptation de la facture et y puiser la preuve que le débiteur a marqué son accord à l'obligation énoncée dans la facture ».

⁵² L'on songe, par exemple, à l'insertion dans le contrat d'une clause dite des « quatre coins » qui a pour effet de limiter le « champ contractuel » à ce qui y est contenu. Voy. D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 271-272.

⁵³ I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 271. Dans le même sens, voy. également Bruxelles, 2^e ch., 17 février 2005, J.T., 2006, p. 30 (« Les conditions générales figurant sur une facture acceptée et payée entrent dans le champ contractuel lorsque la relation s'est nouée entre deux commerçants. À défaut pour le destinataire commerçant de manifester son désaccord, il peut, en effet, être admis que toutes les dispositions de la facture acceptée bénéficient de la présomption de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce. Cela est d'autant plus vrai que les commerçants concernés sont en relation d'affaires pendant un certain temps et que plusieurs factures ont été émises et acquittées sans la moindre protestation »).

⁵⁴ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 272.

En effet, la facture acceptée⁵⁵ par un non-commerçant peut constituer une présomption de fait de conformité avec les termes du contrat lorsque le montant en jeu ne dépasse pas 375 EUR⁵⁶ ou lorsque la partie adverse omet d'invoquer l'article 1341 du Code civil, qui n'est, rappelons-le, pas d'ordre public⁵⁷.

En outre, l'absence de protestation d'une facture peut, à considérer que cette dernière ait été acceptée, constituer un aveu extrajudiciaire (articles 1354 et 1355 du Code civil)⁵⁸.

§ 3. La clause présomptive de connaissance et d'acceptation des conditions générales

Que doit-on penser de la clause qui présume la connaissance et l'acceptation des conditions générales par le cocontractant ?

Tout d'abord, une telle clause doit elle-même pouvoir être déclarée opposable pour recevoir un quelconque effet. Elle doit donc avoir été portée à la connaissance de l'autre partie et avoir été acceptée de manière certaine.

Ensuite, ne perdons pas de vue que dans les rapports entre un vendeur et un consommateur, la clause qui a pour effet de « constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat » figure parmi la liste des clauses abusives de l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991⁵⁹. La commission des clauses abusives considère également que les clauses qui concluent à l'acceptation tacite des conditions contractuelles dès le paiement par le consommateur de la première facture, alors qu'il n'a pas pu raisonnablement prendre connaissance de leur existence et de leur contenu ne sont pas non plus conformes à ce principe. Au demeurant, elles s'avèrent contraires à l'article 31, § 1^{er}, de la loi⁶⁰. En effet, la commission juge abusif de lier à un acte

⁵⁵ À l'égard d'un non-commerçant le simple silence à la réception de la facture ne suffit pas à présumer son acceptation. Il doit s'agir d'un silence circonstancié. Voy. B. DE CONINCK, *op. cit.*, p. 1723, n° 7.

⁵⁶ S'il s'agit de prouver un acte juridique portant sur une somme de plus de 375 EUR, la présomption peut jouer un rôle si elle s'accompagne d'une impossibilité de se procurer un écrit (article 1348 du Code civil) ou d'un commencement de preuve par écrit (article 1347 du Code civil). *Ibid.*, p. 1723, n° 6.

⁵⁷ P. VAN ONNESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973) – Les obligations », R.C.J.B., 1975, p. 712, n° 123.

⁵⁸ E. DIRIX et G.-L. BALLON, *op. cit.*, p. 138, n° 194; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁹ Article 32, 23, de la L.P.C.C. En vertu de l'article 33 de la même loi, toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties, s'il peut subsister sans les clauses abusives. Pour un cas d'application, voy. J.P. GRACE-HOLLOGNE, 5 juin 2007, J.L.M.B., 2008, pp. 112, note Ch. BIQUET-MATHIEU.

⁶⁰ Aux termes de cet article, « (...) il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ».

juridique précis (le paiement), des conséquences étrangères à cet acte même (l'acceptation des conditions)⁶¹.

Enfin, le contenu intégral des conditions générales doit être raisonnablement accessible pour que la clause puisse recevoir ses effets⁶².

§ 4. La contradiction entre les conditions générales des parties (*Battle of Forms*)⁶³

Il n'est pas rare, dans les contrats conclus entre professionnels, que les conditions générales des parties viennent à s'opposer.

Cette hypothèse peut résulter soit de la coexistence de deux clauses d'exclusion dans les conditions générales des parties, soit d'une contradiction ponctuelle entre les conditions générales des parties.

A. Deux questions préliminaires

Pour que se pose réellement la question du conflit de conditions générales, il faut tout d'abord que les conditions générales de chacune des parties puissent être déclarées opposables à l'autre⁶⁴. La question n'a d'intérêt que si les clauses divergentes peuvent prétendre bénéficier *prima facie* de la force obligatoire qui s'attache au contrat.

Ensuite, il faudra s'assurer, avant de chercher une éventuelle solution au conflit de conditions générales, que le désaccord ne porte pas sur un élément dit essentiel du contrat en formation, auquel cas le contrat n'existe pas. Remarquons à ce sujet, qu'il est libre aux parties d'« essentialiser » certains éléments qui par eux-mêmes ne pourraient être tenus pour déterminants.

Une fois ces deux étapes préliminaires franchies, subsiste le nœud du problème : comment résoudre le conflit entre les conditions générales contradictoires des parties ?

La loi demeurant silencieuse sur cette question, la solution est à chercher dans les décisions des différentes juridictions qui ont eu à connaître de litiges met-

⁶¹ Avis C.C.A. n° 19, p. 11, point I, 3.c, deuxième tiret.

⁶² M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, pp. 10-11. La charge de la preuve de l'accessibilité des conditions générales repose, rappelons-le, sur les épaules de celui qui les invoque.

⁶³ Cette question a déjà fait l'objet d'études approfondies auxquelles nous renvoyons le lecteur. Voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 479-553 ; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 277-304 ; A. TUMMERS, « Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur ? », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1972, pp. 585-616 ; F. DE LY, « Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten », *R.W.*, 1986-1987, col. 1313-1334. Voy. également G.-L. BALLON, « The battle of forms », note sous Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, D.A. O.R., 2008, pp. 111-113.

⁶⁴ Voy. G. BALLON, *op. cit.*, p. 111, n° 1 ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 486, n° 13.

tant en jeu les conditions générales contradictoires des parties. S'il en résulte une apparente diversité dans les solutions dégagées en jurisprudence, qui peut à certains égards heurter l'impératif de prévisibilité de la norme juridique, c'est que les juges raisonnent au cas par cas, dans l'optique de déterminer, à chaque fois, la solution qui s'accorde le mieux avec la volonté des parties⁶⁵. Remarquons que ce manque de sécurité juridique épargne généralement les consommateurs, la question du conflit entre conditions générales surgissant le plus souvent entre deux professionnels qui entendent chacun soumettre leur relation contractuelle à leurs propres conditions générales⁶⁶.

B. Un aperçu des quatre théories existantes

Quatre théories ont vu le jour en jurisprudence. Nous les envisagerons tour à tour avant de nous prononcer sur la question.

1. Les conditions générales de l'acheteur

La première théorie entend faire primer les conditions générales de l'acheteur sur celles du vendeur, par application de l'article 1602, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel « tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur »⁶⁷. Ce fondement est critiquable dans la mesure où il procède d'une pétition de principe : cette disposition constitue une règle d'interprétation de conventions valablement formées, ce qui, par hypothèse, pose question⁶⁸. En outre, il n'est pas certain, dans des rapports entre professionnels, que le vendeur soit toujours le cocontractant qui occupe une position de force par rapport à l'acheteur⁶⁹. Nous ne nous y attardons pas.

2. La théorie du premier mot

Selon cette deuxième théorie, seules les conditions contractuelles de l'offrant accèderaient au « champ contractuel »⁷⁰. Cette manière de voir les choses pré-

⁶⁵ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 490, n° 16 et pp. 542-543, n° 108.

⁶⁶ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 290.

⁶⁷ Certains auteurs prônent une lecture restrictive de cet article et lui préfèrent l'article 1162 du Code civil comme fondement de cette solution. Selon ce dernier article, « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Voy. A. TUMMERS, *op. cit.*, p. 602, n° 10. Remarquons au passage que les conditions de l'acheteur pourraient également prévaloir sur celles du vendeur par l'application de la théorie du dernier mot (voy. *infra*).

⁶⁸ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 488, n° 14 ; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 290.

⁶⁹ A. TUMMERS, *op. cit.*, pp. 602-603, n° 10 ; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 290 ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 488, n° 14.

⁷⁰ Pour un exemple, voy. Comm. Gand, 24 avril 1990, R.D.C., 1991, p. 555 et note M. E. STORME (« Srijdige standaardvoorwaarden : "Wie laatst lacht, lacht niet altijd best" »).

sente ceci de particulier qu'il suffirait « à l'offrant de parvenir à un accord quant aux éléments essentiels du contrat pour voir l'entière des termes de son offre – en ce compris les clauses générales accessoires contredites par le cocontractant – s'intégrer au contrat »⁷¹. Vue de cette manière, la *first shot theory* paraît par trop unilatérale au regard du principe de l'autonomie de la volonté (article 1134 du Code civil) qui gouverne la formation du contrat.

Certains auteurs semblent cependant réserver le cas où le destinataire aurait expressément rejeté l'application des conditions générales de l'offrant, auquel cas l'on peut dès lors se demander si le contrat est valablement formé, dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'accord sur un élément « essentialisé » par le destinataire de l'offre initiale⁷². En procédant de la sorte, le destinataire de l'offre initiale ne soumet-il pas à l'offrant une contre-offre soumise à son acceptation⁷³?

Comprise ainsi, la théorie du premier mot ne viserait donc que la contradiction *latente* entre des conditions générales contradictoires en faisant prévaloir, dans cette hypothèse, celles de l'offrant sur celles du destinataire.

3. La neutralisation réciproque et l'application du droit commun

Cette solution revient à prendre acte du défaut d'accord des parties sur leurs conditions générales en contradiction et à les traiter sur un même pied d'égalité.

L'ampleur de l'annulation réciproque dépend du cas de figure dans lequel on se trouve. Lorsque les conditions générales des parties s'excluent mutuellement, leur neutralisation réciproque est totale. Lorsque les conditions générales des parties se contredisent sur certains points seulement, l'annulation mutuelle ne concerne que les clauses litigieuses.

Le droit commun vient combler le vide juridique laissé par la mise hors jeu générale ou partielle des conditions des parties.

La question est de savoir si le rejet des conditions générales des deux parties, ne doit pas, dans certaines circonstances, céder le pas devant une éventuelle *acceptation tacite* d'une des parties de se soumettre aux conditions générales de l'autre⁷⁴, auquel cas la théorie du dernier mot pourrait se voir appliquer. On peut toutefois s'interroger sur les circonstances qui pourraient entraîner la reconnaissance d'une telle acceptation tacite.

⁷¹ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 291.

⁷² G.-L. BALLON, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁷³ Voy. E. DIRIX et G.-L. BALLON, *op. cit.*, p. 170, n° 245; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 489, n° 15, note n° 22. Une telle acceptation pourrait être tacite, du moment qu'elle soit certaine (voy. *supra*).

⁷⁴ Voy. M. BOSMANS, *op. cit.*, p. 24, n° 30.

4. La théorie du dernier mot

Selon la théorie du dernier mot, le choix s'opère en faveur des conditions figurant sur le dernier document contractuel accepté par les parties⁷⁵. Obtiendra gain de cause la partie qui aura manifesté sa volonté en dernier lieu⁷⁶. Le problème de la *last shot theory* est de savoir précisément quand l'on doit arrêter le processus de formation du contrat pour constater qu'un accord complet est formé entre les parties.

5. Réflexions de synthèse

Laquelle de ces quatre théories doit-elle emporter la préférence du juge en cas de conflit entre les conditions générales des parties?

Le problème de la contradiction entre conditions générales ne connaît pas de solution idéale.

En définitive, la réponse à apporter à cette question dépend du sort réservé au conflit sous-jacent entre, d'un côté, le principe de l'autonomie de la volonté, qui justifierait l'application de la théorie du dernier mot, parce qu'elle tendrait à se rapprocher, toujours plus, de la commune intention des parties et, de l'autre, un impératif légitime de sécurité juridique, mis en avant dans la solution consistant en la neutralisation réciproque des conditions générales contradictoires des parties.

N'est-il dès lors pas tentant d'essayer de combiner les avantages des deux dernières théories exposées, ou plus exactement, d'en limiter les inconvénients?

En définitive, toute la question est de savoir où l'on arrête le processus contractuel.

Avec d'autres⁷⁷, nous sommes d'avis qu'il faudrait l'arrêter après la réaction de l'offrant. À ce moment, de deux choses l'une : soit l'offrant initial accepte (expressément ou tacitement) de se plier aux conditions générales de l'acceptant, auquel cas ces dernières régiront leur rapport contractuel ; soit il maintient sa position et il conviendra, en cas de litige, d'exclure les conditions générales contradictoires des parties et de faire application du droit commun.

⁷⁵ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 293. Certains auteurs considèrent, de manière plus restrictive, que la théorie du dernier mot est celle qui rend applicables les conditions générales de la partie qui accepte l'offre, ce qui est loin d'être la même chose, car le processus contractuel trouve son épilogue lorsque l'offrant initial ne réagit pas à la référence faite par l'acceptant à ses propres conditions générales. Voy. E. DIRIX et G.-L. BALLON, *op. cit.*, p. 169, n° 245.

⁷⁶ I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 318.

⁷⁷ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 550, n° 119.

C'est la position adoptée par le tribunal de commerce de Mons dans son jugement rendu le 6 novembre 2008⁷⁸. Constatant que l'offrant avait fait référence à ses propres conditions, que l'acceptant avait fait référence aux siennes et qu'enfin, l'offrant avait confirmé la commande à ses propres conditions, le tribunal a décidé qu'il n'y avait pas lieu de faire prévaloir les conditions de l'un sur les conditions de l'autre, à défaut pour chacune des parties d'avoir accepté les conditions de l'autre.

Le recours à la théorie du dernier mot pourrait conduire à un perpétuel mouvement de balancier⁷⁹. La motivation du jugement précité est riche d'enseignements à ce sujet. Comme le souligne le tribunal, «le problème de la théorie du dernier mot est que, poussée à l'absurde, elle amènerait à multiplier à l'infini les envois de documents contractuels, dans l'espoir d'avoir le dernier mot si le cocontractant se lasse le premier. Une telle escalade serait d'ailleurs la démonstration évidente de ce qu'aucune partie n'entend accepter les conditions de l'autre».

Dans une autre espèce, le tribunal de commerce de Bruxelles⁸⁰ a pourtant retenu la thèse du dernier mot, chaque partie ayant tour à tour fait référence à ses conditions générales. À suivre les juges bruxellois, «seule la thèse du dernier mot répond en ce cas à la dynamique de formation du contrat, de la sollicitation et de l'acceptation».

Le processus contractuel pouvait pourtant être découpé exactement de la même manière que dans l'affaire soumise à la juridiction montoise.

L'offrant avait fait référence à ses conditions générales, l'acceptant avait répondu à l'offre en faisant référence aux siennes, l'offrant avait confirmé la commande tout en insistant expressément⁸¹ sur sa volonté de la soumettre à ses propres conditions.

Dans cette affaire, comme dans celle soumise au tribunal montois, l'offrant n'avait pas accepté (même tacitement) de se soumettre aux conditions de l'acceptant. À notre avis, le juge aurait dû se borner à acter le désaccord des parties quant aux conditions conflictuelles et appliquer le droit commun.

Las, poursuivant son analyse un stade plus loin dans le processus contractuel, il a considéré que l'acceptant était présumé avoir tacitement accepté les conditions

de l'offrant, car son attention attirée sur la volonté de ce dernier de soumettre le contrat à ses propres conditions contractuelles, il s'était abstenu de protester. À notre sens, dès l'instant où les deux parties ont effectivement reçu l'occasion de réagir quant à l'application des conditions générales de l'autre et qu'aucun accord ne paraît se dessiner sur ce point, il semble raisonnable d'arrêter le processus de formation du contrat et de recourir au pouvoir supplétif du droit commun.

Section 2

L'opposabilité des conditions générales on-line

Dans cette seconde section, nous nous proposons d'analyser, tour à tour, les différentes possibilités qui s'offrent à l'e-commerçant pour présenter de manière adéquate ses conditions contractuelles à son cocontractant afin de garantir à ce dernier la possibilité effective d'en prendre connaissance et de se ménager une preuve qu'il les a acceptées de manière certaine, préalablement à la conclusion du contrat.

La pratique amène à opérer une distinction de forme entre les conditions d'utilisation auxquelles un prestataire de la société de l'information entend soumettre la visite de son site⁸² et les conditions générales auxquelles un e-commerçant souhaite contracter avec un consommateur ou un autre commerçant⁸³.

Pourtant, dans les deux hypothèses, un contrat pourrait s'être formé.

L'internaute ne saisit pas toujours la portée de son *click* ou de la présence d'une simple mention «Conditions d'utilisation» ou «Conditions générales» au bas d'une page web.

En pratique, le juge analysera, à la lumière des circonstances propres à chaque espèce, si un usager normalement averti aurait eu la conscience de s'engager sur le plan du droit. De la réponse à cette question dépend notamment la reconnaissance d'une force obligatoire aux conditions générales détaillées sur le site.

La structure de notre seconde section s'articulera comme suit. Nous envisagerons, tout d'abord, l'obligation découlant de l'article 8, § 2, de la loi sur certains

⁷⁸ Comm. Mons, 2^e ch., 6 novembre 2008, J.T., 2008, p. 727.

⁷⁹ À suivre cette théorie, on aurait pu considérer, le cas échéant, que l'acceptant avait tacitement accepté les conditions générales réaffirmées par l'offrant initial, à défaut pour lui de manifester son désaccord.

⁸⁰ Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, D.A. Q.R., 2008, p. 109.

⁸¹ La confirmation de l'offrant initial reprenait la mention suivante: «Toutes autres conditions sont conformes à votre bon de commande pour autant que vos conditions d'achat ne sont pas en contradiction avec nos conditions de vente et suivant notre offre [initiale]».

⁸² Ces conditions d'utilisation peuvent contenir des renseignements importants. On songe, par exemple, aux dispositions réglant le sort des droits de propriété intellectuelle sur les différents éléments du site ou à certaines clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

⁸³ K. DE VULDER et D. ROMBOUTS, «De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid», in S. ONGENA (éd.), *Algemene voorwaarden*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 35-36.

aspects juridiques des services de la société de l'information (S.S.I.)⁸⁴. Ensuite, nous examinerons les différents mécanismes techniques rendant possible la communication des conditions générales sur le réseau. Enfin, nous formulerons certaines remarques transversales.

§ 1^{er}. L'obligation découlant de l'article 8, § 2, de la loi sur les S.S.I.

En ce qui concerne les conditions générales proprement dites, la loi du 11 mars 2003 se contente de préciser que « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire » (article 8, § 2)⁸⁵.

Remarquons que cette disposition n'impose pas la communication des conditions générales. À cet égard, le droit commun reste d'application. Pour entrer dans le champ contractuel, les conditions générales doivent donc avoir été portées à la connaissance du cocontractant et avoir été acceptées par lui de manière certaine⁸⁶.

Quant à l'exigence posée par l'article 8, § 2, on peut penser qu'elle sera satisfaite si le site offre au destinataire⁸⁷ « la possibilité d'enregistrer les conditions générales sur le disque dur de son ordinateur⁸⁸ ou, mieux encore, de les imprimer sur papier de manière à pouvoir s'y référer à tout moment »⁸⁹.

Il faut donc éviter que les conditions générales apparaissent dans une fenêtre spécifique dépourvue de toute icône permettant de les imprimer ou de les

⁸⁴ M.B., 17 mars 2003. Cette loi transpose en droit belge la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E. n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour plus de commodité, nous parlerons ci-après de la loi sur les S.S.I.

⁸⁵ Rappelons que la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (M.B., 17 août 2002) oblige l'émetteur à communiquer au titulaire les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds. Les conditions contractuelles, dont le législateur a défini le contenu minimal, doivent être « présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès ». Pour de plus amples développements, voy. E. WÉRY, *Paiements et monnaie électroniques. Droit européen, français et belge*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 87-90, n° 180-185.

⁸⁶ Nous renvoyons à la première partie de notre exposé.

⁸⁷ Aux termes de l'article 2, 5°, de la loi sur les S.S.I., le « destinataire du service » vise « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ».

⁸⁸ En format PDF ou Word, par exemple.

⁸⁹ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, op. cit., pp. 220-221, n° 168.

enregistrer⁹⁰, ou encore que les pages sur lesquelles elles figurent ne soient pas correctement formatées pour une impression.

De façon assez curieuse, le législateur a privilégié la voie pénale pour sanctionner le non-respect de cette obligation, l'article 26, § 4, de la loi sur les S.S.I. punissant d'une amende de 500 à 50.000 EUR, ceux qui, de mauvaise foi, auront commis une infraction, notamment, à l'article 8 de la loi.

Rappelons, à toutes fins utiles, qu'aux termes de l'article 12 de la loi, la preuve de l'exécution de l'obligation prescrite à l'article 8, § 2, incombe au prestataire⁹¹.

§ 2. Analyse des différents mécanismes techniques de communication des conditions générales sur le net et examen au regard des conditions de la possibilité effective de connaissance et de l'acceptation certaine

A. Clickwrap et browwrap

En partant des classifications opérées au sein d'une jurisprudence américaine abondante, l'on peut distinguer deux principaux mécanismes techniques qui permettent, dans le cadre des contrats conclus par voie électronique, de communiquer les conditions contractuelles à l'autre partie et ainsi, de leur conférer une valeur obligatoire⁹².

⁹⁰ Voy. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique » in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, actes du colloque du 19 avril 2001, Liège, éd. Jeune Barreau, 2001, pp. 171-172, n° 14.

⁹¹ La loi sur les S.S.I. définit le prestataire comme étant « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » (article 2, 3°). Remarquons au passage que la notion de « prestataire » est plus large que celle de « vendeur » de produits ou de services en ligne et vise également « toute personne exerçant une activité économique en ligne à titre principal ou accessoire, qu'elle soit commerçant, titulaire de profession libérale, hébergeur de site, fournisseur d'accès, prestataire de services de certification, etc. », E. MONTERO, M. DEMOULIN, et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », J.T., 2004, p. 82. Par « service de la société de l'information », il faut entendre « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » (article 2, 1°). Cette définition large permet d'inclure de nombreuses activités en ligne « non seulement les sites de commerce électronique stricto sensu (vente de produits et prestation de services en ligne), mais également les services gratuits (journaux en ligne, forums, chat...), les divertissements en ligne, visites virtuelles de musées... », les services d'intermédiaires techniques (fourniture d'accès à un réseau, hébergement de sites, fourniture de messagerie), les services de certification (archivage, recommandé, horodatage et signatures électroniques...), les annuaires et moteurs de recherche, etc. », *ibid.*, p. 82.

⁹² Pour un aperçu, voy. P. BAYER CUNNINGHAM et E. C. WITKOW, « Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements – Click with Caution: Liability for Breach of Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements », *The Computer & Internet Lawyer*, vol. 23, n° 6, juin 2006, pp. 1-6; K. M. DAS, « Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browwrap Agreements and the "Reasonably Communicated" Test », *Washington Law Review*, avril 2002, pp. 481-510.

Le *clickwrap agreement*, ou contrat par clic, tout d'abord, consiste en la présentation à l'utilisateur d'un message qui nécessite une manifestation de consentement de sa part, à travers le clic sur une icône, et ce, avant de le laisser accéder au site, au *software* ou au service proposé⁹³. L'impossibilité technique de conclure le contrat sans passer par le défilement et l'acceptation des conditions générales, ce qu'un auteur désigne par « le passage obligé »⁹⁴, paraît constituer un moyen particulièrement approprié pour rendre les conditions générales opposables au cocontractant. Le *browsewrap agreement*, quant à lui, permet à l'utilisateur de prendre connaissance des conditions générales, mais ne conditionne pas l'accès au service à une manifestation expresse d'acceptation de sa part⁹⁵.

En Belgique, à notre connaissance, seules deux décisions ont été rendues en la matière⁹⁶. Il s'agissait, dans les deux cas, de tours opérateurs, proposant divers voyages par l'intermédiaire de sites internet et qui souhaitaient prendre appui sur certaines clauses contenues dans leurs conditions générales respectives. Une autre similitude entre les deux affaires résulte du fait qu'aucune des deux agences de voyage *on-line* n'avait eu recours au « passage obligé » qui aurait, sans nul doute, rendue moins hasardeuse la question de l'opposabilité des conditions générales.

À cet égard, dans l'une des deux affaires susmentionnées, le tribunal de première instance de Liège relève que « le lien vers les conditions générales d'assurance ne figure pas dans le processus de commande, avant la conclusion définitive du contrat, de sorte que tout intéressé peut conclure le contrat sans passer par la lecture (et l'acceptation) des conditions d'assurance »⁹⁷.

Il convient donc d'incorporer les conditions générales au processus contractuel par le biais d'un lien hypertexte au cours de la commande ou, mieux encore, par l'apparition automatique d'une fenêtre *ad hoc*⁹⁸.

La technique du *clickwrap* présente certaines garanties, surtout lorsqu'il s'agit pour le prestataire de démontrer que l'utilisateur a accepté les conditions générales de manière certaine⁹⁹. Si le cocontractant clique sans prendre la peine de lire, il doit supporter les conséquences de son attitude. Ce problème n'est pas l'apa-

⁹³ Y. COOL, « Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 171, n° 274.

⁹⁴ Voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, op. cit., p. 222, n° 168.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 172, n° 275.

⁹⁶ Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, inédit, R.G. n° 06/5646/A et 07/933/A; Comm. Tongres, 5 octobre 2004, D.A. Q.R., 2007, p. 154, note E. MONTERO (« Avatars des contrats conclus par Internet et parades légales »).

⁹⁷ Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, précité.

⁹⁸ Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 559, p. 300. Dans le même sens, F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 187, n° 124.

⁹⁹ Voy. D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, op. cit., pp. 258-263.

nage des contrats conclus par voie électronique. Par contre, la main de l'utilisateur ne peut être forcée. Il en serait ainsi si la case « J'accepte » était cochée à l'avance. Ainsi, dans un passé récent, sur de nombreux sites de réservation de billets d'avion en ligne, les options les plus onéreuses étaient systématiquement préselectionnées. Cette pratique a été fermement condamnée par la Commission européenne¹⁰⁰.

Pour autant, le procédé du *browsewrap* ne doit pas être totalement mis de côté. Mais il appartiendra, à chaque fois, au prestataire de convaincre le juge que les modalités de présentation de ses conditions générales « garantissent bien une possibilité de prise de connaissance effective »¹⁰¹ et que ces dernières ont bien reçu l'adhésion de l'internaute.

En particulier, le prestataire veillera à faire figurer un hyperlien visible renvoyant aux conditions générales, non seulement sur la page d'accueil, mais également sur chacune des pages du site, afin d'éviter, par le biais d'un lien hypertexte profond¹⁰² (*deep link*), qu'un utilisateur puisse contourner le renvoi aux conditions générales à partir, par exemple, des résultats affichés par un moteur de recherche renvoyant sur une page intérieure du site.

Il importera, ensuite, de vérifier que l'affichage de l'hyperlien renvoyant vers les conditions générales intervient bien avant la conclusion définitive du contrat.

Il est recommandé, par ailleurs, d'utiliser une terminologie adéquate pour désigner les conditions générales. L'utilisateur moyen doit avoir conscience qu'un tel document renferme les droits et obligations des parties quant au contrat qui est en train de se conclure. Si les dénominations rencontrées en pratique sont des plus variables (« Conditions générales », « Conditions de vente », « Termes et conditions », etc.), certaines sont à proscrire, car elles n'indiquent pas à suffisance que les clauses qu'elles renferment entraînent des effets sur le plan du droit (« Avertissement », « Informations diverses », etc.)¹⁰³.

Enfin, il semblerait que la question de l'opposabilité des conditions générales doive s'apprécier avec une plus grande sévérité dans les relations entre commerçants et particuliers.

¹⁰⁰ Pour des exemples de bonnes et de mauvaises pratiques des sites de vente en ligne de billets d'avion, consultez le site internet suivant : http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/index_en.htm

¹⁰¹ Y. COOL, op. cit., p. 173, n° 275. L'importance de certaines clauses contractuelles sur les droits et obligations des parties pourrait avoir une influence sur le choix de la technique à mettre en œuvre pour les porter à la connaissance de l'autre partie et les soumettre à son acceptation certaine.

¹⁰² « Le lien profond est un lien hypertexte situé sur une page web extérieure, renvoyant à une page secondaire d'un site, sans passer par la page d'accueil », cf. projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 50-2100/001, p. 31. Sur cette notion, voy. également A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet – À propos des hyperliens », *A&M*, 1998, pp. 296 et s.

¹⁰³ F. MAS, op. cit., p. 186, n° 124.

Cette idée se retrouve dans une affaire portée devant les tribunaux néerlandais. En l'espèce, le juge a considéré que la présence d'un hyperlien renvoyant aux conditions d'utilisation d'un site internet suffisait pour les rendre opposables à un visiteur professionnel, en l'absence d'acceptation explicite de sa part¹⁰⁴. *A contrario*, l'on peut se demander si un tel procédé aurait été jugé suffisant pour conclure à l'opposabilité des conditions à l'égard d'un non-commerçant...

Pour le reste, ce sont les critères dégagés de longue date par la jurisprudence qui vont guider le juge dans son appréciation des deux conditions de la connaissance préalable et de l'acceptation certaine des conditions générales (clarté, lisibilité, emplacement, langue...). Pour rencontrer ces exigences qui ressortissent au droit commun, le multimédia présente certains atouts, par exemple pour faire ressortir certaines clauses particulièrement importantes (couleurs, police, encadrés, animations, etc.)¹⁰⁵.

Outre ces deux procédés classiques de présentation des conditions générales (*clickwrap* et *browserwrap*), il n'est pas inintéressant d'analyser, au regard de la question de l'opposabilité, deux autres techniques fréquemment rencontrées en pratique, à savoir l'envoi des conditions générales par courrier électronique et leur remise en mains propres lors de la réception de la commande passée sur le *net*.

B. Envoi des conditions générales par courriel ou remise en version papier

Il est évident que ces deux mécanismes ne se suffisent pas à eux-mêmes, dès lors que la communication des conditions générales doit intervenir au plus tard lors de la conclusion du contrat et que l'envoi d'un courrier électronique ou postal intervient, par hypothèse, après la passation de la commande.

De la même manière, l'envoi subséquent des conditions générales entraîne un risque non négligeable que les conditions ainsi communiquées soient différentes de celles présentées sur le site internet où le cyberconsommateur a passé commande. On pourrait, par exemple, y trouver des clauses qui ne se trouvaient pas dans la version communiquée lors de la conclusion du contrat. Pire, les conditions générales transmises par courriel ou par voie postale pourraient entrer en conflit avec celles affichées lors de la passation de la commande.

¹⁰⁴ Rechtbank Rotterdam, kort ged., civiel overig, 5 décembre 2002, R.G. n° 185313/KG ZA 02-1068, cité par Th. VERBIEST, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁵ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, *op. cit.*, n° 168, p. 222.

§ 3. Présentation des conditions générales on-line: remarques transversales

Certaines questions relatives aux conditions générales se posent avec une acuité particulière sur le *net*, ce qui justifie qu'on s'y intéresse dans le cadre de notre étude. Ainsi, l'on envisagera successivement la question de la langue des conditions générales, les difficultés résultant de l'éventuelle contradiction entre les conditions générales et l'« explication conviviale »¹⁰⁶ qui peut en être donnée à l'internaute, et enfin, le problème de la modification des conditions générales dans le temps.

A. La langue des conditions générales on-line

On le sait, les réseaux ouverts peuvent faire interagir des internautes établis aux quatre coins de la planète. La question de la langue dans laquelle doivent être formulées les conditions générales apparaît donc centrale dans le contexte de la conclusion des contrats par voie électronique. Dans la continuité des principes dégagés par la jurisprudence en matière de contrats traditionnels, nous sommes d'avis que la disponibilité du service dans une langue oblige le prestataire à traduire l'intégralité de son site¹⁰⁷, y compris les conditions générales, sous peine de devoir déclarer ces dernières impossibles à l'autre partie¹⁰⁸.

Rappelons à cet égard que l'exploitant d'un site web qui offre la possibilité de passer une commande sur son site doit fournir au destinataire du service un certain nombre d'informations minimales portant sur le processus contractuel, notamment quant aux langues proposées pour la conclusion du contrat (article 8, § 1^{er}, 1^o, de la loi sur les S.S.I.)¹⁰⁹. Cette disposition est supplétive entre professionnels¹¹⁰ et ne trouve pas à s'appliquer aux contrats conclus par échange de courriers électroniques¹¹¹. Soulignons au passage l'originalité de cette obligation d'information qui ne porte pas sur le contenu « obligationnel » du contrat mais sur son mode particulier de conclusion¹¹².

¹⁰⁶ L'expression est de Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, n° 13, p. 170.

¹⁰⁷ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles-Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2002, p. 740, n° 59.

¹⁰⁸ Voy. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 171, n° 13, *in fine*.

¹⁰⁹ Pour un commentaire approfondi de cette disposition, voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, *op. cit.*, pp. 223-224, n° 169.

¹¹⁰ Article 11, alinéa 1^{er}, de la loi sur les S.S.I.

¹¹¹ Article 11, alinéa 2, de la loi sur les S.S.I.

¹¹² Voy. E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 115, n° 60.

La pratique révèle souvent la présence d'une clause au sein des conditions générales de l'e-commerçant indiquant que la traduction dans la langue du cocontractant ne vaut qu'à titre d'exemple et que la version originale des conditions générales l'emporterait en cas de conflit¹¹³. Que penser d'une telle clause? À notre sens, en cas de contradiction, il faudrait considérer que l'utilisateur du site internet a accepté la version des conditions générales dans la langue qu'il comprend, autrement dit la langue dans laquelle le contrat a été conclu. La présence d'un hyperlien renvoyant vers la version originale des conditions serait sans incidence sur la solution d'exclusion qui devrait être retenue par le juge.

B. Les versions résumées et simplifiées des conditions générales : une arme à double tranchant pour le prestataire?

Le deuxième point qui nous intéresse porte sur l'éventuelle contradiction au sein des conditions générales du prestataire. Cette hypothèse prend une tournure particulière dans les contrats conclus par voie électronique, dans la mesure où il est de plus en plus courant de rencontrer sur le *net* des versions simplifiées et des versions résumées des conditions générales, ainsi rendues plus accessibles au profane, et qui viennent coexister avec ces dernières.

Quoique l'intention soit des plus louables¹¹⁴, l'arme peut se révéler à double tranchant pour le prestataire. Voyons cela de plus près.

En ce qui concerne l'exercice de vulgarisation, tout d'abord, la difficulté est bien entendu de restituer dans le langage courant toutes les nuances du texte juridique¹¹⁵. En cas de contradiction, le risque existe que le juge fasse prévaloir la version vulgarisée des conditions générales. La même solution devrait être privilégiée dans l'hypothèse d'un conflit entre les *FAQ* et la version complète des conditions générales¹¹⁶.

À cet égard, que faut-il penser de la clause insérée dans la version simplifiée qui prévoit qu'en cas de conflit avec la version « brute », seule cette dernière

¹¹³ À titre d'exemple, les conditions d'utilisation affichées par Facebook stipulent que « La traduction de ce document en français est fournie à titre purement indicatif. En cas de désaccord de votre part, la version anglaise de ce document, (disponible ici), sera la seule version régissant votre relation avec Facebook au plan juridique ». Google a prévu une clause similaire dans ses conditions d'utilisation : « Toute traduction de la version anglaise des conditions vous est fournie le cas échéant par Google à des fins de commodité uniquement. Seules les versions des conditions en langue anglaise régiront vos rapports avec Google. En cas de contradiction entre les stipulations de la version anglaise et ceux de la traduction, les stipulations de la version en langue anglaise prévaudront ».

¹¹⁴ Voy. M. COPEL, *op. cit.*, p. 47, n° 59.

¹¹⁵ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats... », *op. cit.*, p. 739, n° 57.

¹¹⁶ *Frequent Asked Questions*. Sur cette notion, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats... », *op. cit.*, p. 742, n° 62.

serait d'application? Une telle clause pourrait aboutir, dans certaines circonstances, à détourner le but dans lequel l'exercice de vulgarisation a été réalisé, à savoir rendre autant effective que possible la connaissance par le cocontractant des droits et obligations que renferme le contrat. Il faut donc absolument éviter que sous couvert d'« explication conviviale », l'on en vienne à tromper l'utilisateur sur ses droits... Quoi qu'il en soit, le prestataire veillera à attirer particulièrement l'attention du cocontractant sur le caractère exclusivement pédagogique de sa démarche. Il est bien entendu plus que recommandé de prévoir dans la version simplifiée un hyperlien renvoyant au texte intégral des conditions générales. En effet, si la version intégrale des conditions générales n'est pas raisonnablement accessible, ou si tout porte à croire que le consentement du destinataire n'a pas porté sur elle, le juge sera enclin à faire prévaloir la version vulgarisée¹¹⁷.

Il arrive par ailleurs que le vendeur mette à la disposition de l'utilisateur une version sommaire de ses conditions contractuelles. Ce résumé, par définition, ne contient pas l'ensemble des prescriptions contenues dans les conditions générales. Encore une fois, le risque existe que le juge s'en tienne au résumé et qu'il déclare inopposables les dispositions qui n'y figurent pas. À nouveau, rien n'empêche le rédacteur du résumé de prévenir ce risque en y faisant explicitement référence aux conditions générales détaillées. Le caractère non exhaustif de la version résumée doit alors apparaître de manière évidente au cocontractant, et le renvoi pour le surplus aux conditions générales doit être clairement stipulé. Il est recommandable de prévoir un lien hypertexte menant aux conditions générales détaillées.

C. La modification des conditions générales

Les conditions générales présentées sur un site internet sont loin d'être immuables, elles présentent le plus souvent un caractère fluctuant.

Le premier problème qui en découle est essentiellement d'ordre probatoire. Il peut arriver que l'on ne sache pas exactement quelle est la période de validité de certaines conditions générales présentées sur le *net*. Le vendeur ou le prestataire doit toujours être en mesure de démontrer que les conditions générales qu'il souhaite invoquer à l'égard d'un cocontractant correspondent à celles que ce dernier a acceptées lors de la conclusion du contrat¹¹⁸. À cet égard,

¹¹⁷ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, *op. cit.*, p. 222, n° 168. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats... », *op. cit.*, p. 739, n° 57 et les réf. citées.

¹¹⁸ Voy. Ch. BIQUEY-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 170, n° 13, note 70; L. CORNELIS et P. GOETHALS, « Contractuele aspecten van E-commerce », in *Tendensen in het bedrijfrecht - De elektronische handel*, Bruylant, Kluwer, 1999, p. 24. Pour un cas d'application, voy. Comm. Tongres, 5 octobre 2004, précité. Dans cette affaire, le site du commerçant en ligne avait été modifié entre le moment de la conclusion du

le recours généralisé au mécanisme du *time-stamp*, qui permet d'attribuer de manière incontestable une date à un document, permettrait d'éviter bien des litiges¹¹⁹.

Une seconde difficulté concerne la modification unilatérale du contenu contractuel lui-même. Il est fréquent, dans les contrats de longue durée¹²⁰ que, par certaines clauses, l'une des parties se réserve le droit de modifier unilatéralement certaines conditions du contrat. Outre l'appréciation de la licéité de telles clauses¹²¹, il faut se poser la question de savoir si les conditions générales nouvellement modifiées peuvent être déclarées opposables à l'utilisateur.

À ce sujet, le recours par le prestataire aux mécanismes décrits plus haut semble particulièrement indiqué. Rien n'empêche, par ailleurs, de combiner ces différentes techniques avec un avertissement par courriel adressé à l'utilisateur quelque temps avant l'entrée en vigueur des nouvelles conditions, et ce afin de lui donner raisonnablement l'occasion d'en prendre connaissance.

Conclusion

La question de l'opposabilité des conditions générales se résoudra, demain comme hier, par la voie prétorienne, la mieux à même de saisir l'infinie variété des situations susceptibles de se présenter, et ce malgré l'incertitude qui accompagne inévitablement cette source du droit.

contrat et la survenance du litige, sans que l'on sache si les conditions générales avaient également subi certaines adaptations.

¹¹⁹ Voy. K. DE VULDER et D. ROMBOUTS, *op. cit.*, pp. 61-62, n° 92.

¹²⁰ Songeons, par exemple, aux différents services de messagerie (Hotmail, Yahoo!, etc.) et réseaux sociaux (Facebook, etc.) proposés sur la toile.

¹²¹ Dans les relations entre « vendeur » et « consommateur », sont considérées comme abusives les clauses qui ont pour objet, « sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, d'autoriser le vendeur à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure » (article 32, 9, de la L.P.C.C.) et celles qui visent à « réserver au vendeur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer ou du service à prester, si ces caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit ou le service, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué au vendeur et accepté par lui ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible » (article 32, 3, de la L.P.C.C.). Voy. également l'article 5 § 4, de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (M.B., 17 août 2002) qui s'écarte explicitement de l'article 32, 9, de la L.P.C.C. et dispose que « (...) l'émetteur qui se réserve la faculté de modifier unilatéralement un contrat à durée indéterminée, doit informer individuellement le titulaire de toute modification des conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds. Cette information doit se faire par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel celui-ci a accès, et doit avoir lieu au moins deux mois avant la mise en application de la modification concernée ». Voy. E. WÉRY, *op. cit.*, pp. 91-92, n° 190-191.

Au-delà d'une approche purement casuistique, les grandes lignes sont tracées et ne prêtent plus guère à discussion à l'heure actuelle.

Certes, l'émergence du commerce électronique a bouleversé nos modes de contracter¹²². Pour autant, ce fait nouveau n'a pas obligé le droit à faire table rase de concepts éprouvés ou contraint les juristes à partir de zéro dans l'élaboration de nouvelles règles. L'évolution des techniques a davantage invité à une relecture des solutions traditionnelles qu'à une véritable révolution¹²³.

Pour apprécier l'inclusion des conditions générales dans le champ contractuel, loin de bénéficier d'un pouvoir d'appréciation absolu, le juge est toujours tenu de se référer aux éléments de fait qui répondent aux deux conditions cumulatives de la possibilité effective de connaissance préalable et de leur acceptation certaine par l'autre partie.

Indéniablement, l'environnement électronique laisse entrevoir de belles perspectives en matière de transparence contractuelle, particulièrement, en ce qui concerne la communication des conditions générales à l'autre partie. Les possibilités sont multiples et peuvent, à bien des égards, s'avérer plus efficaces que les méthodes traditionnelles¹²⁴.

On ne se saurait que trop conseiller aux prestataires d'en tirer profit, car il y a fort à parier qu'à l'avenir, les juges sauront se montrer d'autant plus exigeants à leur égard que la technologie leur est désormais accessible sans avoir pour autant à exposer des frais disproportionnés...

¹²² M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit? », R.E.D.C., 2000, p. 361.

¹²³ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique...*, *op. cit.*, p. 42, n° 2.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 222, n° 168.